

Mr. sc. Marina Carić*

NOVOSTI U SUSTAVU NEZAKONITIH DOKAZA S OSOBITIM OSVRTOM NA ČL. 10. ST. 3. i 4. ZKP/08

Odredba čl. 10. Zakona o kaznenom postupku iz 2008. godine unijela je značajne novine u sustav nezakonitih dokaza. One se očituju kako u novoj kategorizaciji nezakonitih dokaza u sustavu tako i u uvođenju zakonskih kriterija sudovima za ocjenu zakonitosti dokaza kojima se krši određeni krug temeljnih ljudskih prava i sloboda. U radu se daje poredbenopravni prikaz sustava izdvajanja nezakonitih dokaza s pregledom stanja u nekim državama članicama Europske unije te s kratkim osvrtom na sustav u SAD. Nakon pregleda razvoja sustava nezakonitih dokaza u Hrvatskoj od osamostaljenja do ZKP/08, analiziraju se izmjene u tom zakonu. Sadržajno su unesene tri izmjene. Prva se odnosi na čl. 10. st. 2. t. 1., a sastoji se u normativnom izdvajanju nezakonitih dokaza pribavljenih kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja. Druga i treća izmjena propisane su čl. 10. st. 3. i 4. i predstavljaju nova rješenja i svojevrsnu iznimku u okviru pojma nezakonitih dokaza. Odredbom čl. 10. st. 3. t. 1. predviđena je mogućnost relativizacije nezakonitih dokaza pribavljenih radnjom za koju je prema Kaznenom zakonu isključena protupravnost, dok je u t. 2. predviđeno načelo razmjernosti i kriterij utvrđivanja nezakonitosti dokaza ex judicio. Odredbom čl. 10. st. 4. ublažen je odlučujući značaj dokaza čija je procjena o zakonitosti rezultat vaganja interesa, čime je takav dokaz sveden samo na jedan od izvora saznanja o pravno relevantnim činjenicama. Autorica zaključuje da zakonska dikcija čl. 10. st. 3. t. 2. nije u skladu sa čl. 16. Ustava RH, jer ne izražava u potpunosti načelo razmjernosti, te valja razmisliti o preciziranju uvjeta pod kojima se važu interesi. Zbog nedovoljno preciznog izričaja primjena te odredbe mogla bi predstavljati modifikaciju odnosno izmicanje zabrani propisanoj u čl. 29. st. 4. Ustava RH, iako je ta mogućnost sužena postojanjem zabrane iz čl. 6. st. 3. ZKP/08 kao i odredbe čl. 10. st. 4. ZKP/08.

* Mr. sc. Marina Carić, asistentica na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Splitu

1. UVODNE NAPOMENE

Pojam nezakonitih dokaza, kao jedan od središnjih pojmova suvremenog dokaznog prava, oduvijek je izazivao mnoge teorijske rasprave i sporove. Razlog tome leži u činjenici da se upravo u tom institutu najdramatičnije sukobljavaju dvije temeljne tendencije suvremenog kaznenog postupka, kako onog mješovitog tipa tako i onog akuzatornog tipa. Oba pravna sustava nastoje održati ravnotežu između tendencije funkcionalnosti kažnjavanja, s jedne strane, i zaštite prava građana, s druge strane. Posebnu ulogu u izgradnji i razvoju sustava nezakonitih dokaza ima sudska praksa zbog praktične vrijednosti i kazuistične prirode tog sustava. Usprkos tome, ustavotvorci odnosno zakonodavci ne mogu, zbog potrebe zaštite temeljnih ljudskih prava, prepustiti pitanje upotrebe nezakonitih dokaza u potpunosti sucima, već slobodi njihova odlučivanja postavljaju uže ili šire granice. Kao okosnica izgradnje tih granica služe minimalni standardi korištenja odnosno zabrane korištenja nezakonitim dokazima koji su na supranacionalnoj razini postavljeni u mnogobrojnim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, dok su u unutarnjim pravnim poredcima propisani ustavom.

Iako se sustavi nezakonitih dokaza u pojedinim državama razlikuju ovisno o strukturi kaznenog postupka odnosno glavnim kaznenoprocесnim tendencijama, kao i s obzirom na režim utvrđivanja nezakonitih dokaza i stupanj diskrecije sudova pri ocjeni zakonitosti dokaza, postoji jedan zajednički cilj, a to je isključenje nezakonitih dokaza iz osnovice za donošenje presude. U tom smislu možemo nezakoniti dokaz definirati kao “onaj dokaz koji se zbog povrede procesne forme, koja istovremeno predstavlja povredu temeljnih ljudskih prava, ne smije koristiti za donošenje presude u kaznenom postupku”.¹ Bez obzira na to donosi li odluku na kojim se dokazima ne može temeljiti presuda zakonodavac ili sudac, ona se temelji na vaganju dvaju interesa u rangui ustavnopravnih načela zaštite temeljnih ljudskih prava i prava obrane s jedne strane te obveze države na učinkovit kazneni progon s druge strane.

Na međunarodnom planu tzv. pozitivna obveza države predviđena je čl. 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu EKLJP) kao međunarodnopravna obveza država u okviru Vijeća Europe na učinkovit kazneni progon. Pojam i sadržaj obveze razvijen je u judikaturi Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu ESLJP). Republika Hrvatska upravo je zbog povrede te obveze osuđena pred ESLJP 31. svibnja 2007. u slučaju *Šečić protiv Republike Hrvatske*.² Stajalište iz presude upo-

¹ Usp. Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava, HLJKPP, vol. 15, br. 2/2008., str. 974.

² Europski sud za ljudska prava, *Šečić protiv Republike Hrvatske*, 31. svibnja 2007. Prijevod presude na hrvatski jezik dostupan je na web stranici Ustavnog suda Republike Hrvatske

zorava na obvezu države da prilikom uređivanja sustava nezakonitih dokaza mora naći ravnotežu između zaštite temeljnih prava građana i prava obrane, s jedne strane, te dosljednog izvršavanja svoje obveze učinkovitog kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela, s druge strane. U postizanju te ravnoteže država mora razriješiti sukob dvaju ustavnopravno zaštićenih interesa, što postiže vaganjem pravnih dobara u pravnom poretku. Taj postupak konkretizira se načelom razmjernosti, kojeg su adresati kako zakonodavac tako i državno tijelo. Krucijalno pitanje uređenja sustava nezakonitih dokaza vezano uz vaganje jest pitanje tko vrši to vaganje – zakonodavac ili sud, a u slučaju da to čini sud, postavlja li kriterije za vaganje zakonodavac ili sud.

2. POREDBENOPRAVNI PRIKAZ SUSTAVA IZDVAJANJA NEZAKONITIH DOKAZA U KAZNENIM POSTUPCIMA

2.1. Sustavi izdvajanja nezakonitih dokaza u nekim državama članicama Europske unije

Budući da su recentne izmjene hrvatskog zakonodavstva, pa tako i Zakona o kaznenom postupku, jednim dijelom motivirane i usklađivanjem nacionalnog zakonodavstva s europskim, osvrnut ćemo se na položaj nezakonitih dokaza u državama članicama Europske unije. Skupina nezavisnih stručnjaka za ljudska prava iz zemalja Europske unije (E. U. NETWORKS of INDEPENDENT EXPERTS on FUNDAMENTAL RIGHTS) izradila je studiju o položaju nezakonito pribavljenih dokaza u kaznenom postupku država članica Europske unije. Studija je objavljena koncem 2003. god.,³ a obuhvatila je 17 država članica Europske unije. Eksperti su dali opći prikaz sustava ocjene zakonitosti dokaza u pojedinim državama, uključujući dokaze pribavljene povredom prava na privatnost jer su se pitanja za izradu studije odnosila upravo na to područje. Države su podijeljene u dvije grupe. U prvoj je grupi deset država u kojima je ustavom i zakonom isključena uporaba nezakonitih dokaza u kaznenom postupku, pri čemu u nekima od njih u praksi postoje iznimke od tog načela.⁴ Tako je u grčkom Ustavu iz 2001. propisano isključenje uporabe

<http://www.usud.hr>. O mjerilima ESLJP za povredu čl. 3. EKLJP vidi detaljnije: Batistić-Kos, Vesna: Mjerila Europskog suda za ljudska prava za učinkovitu istragu zlostavljanja motiviranog rasnom diskriminacijom, HLJKPP, vol. 15, br. 1/2008., str. 55-85.

³ Rezultati su objavljeni u: OPINION ON THE STATUS ON ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURES IN THE MEMBER STATES OF EUROPEAN UNION (CFR – CDF, 30.XI.2003); <http://crldho.cpdrr.ucl.ac.be/documents/Avis.CFR-CDF/Avis2003/CFR-CDF.opinion3-2003.pdf> (u daljnjem tekstu OPINION).

⁴ U navedenoj grupi označenoj kao "grupa B" nalaze se Belgija, Cipar, Španjolska, Grčka, Irska, Luksemburg, Malta, Nizozemska i Portugal.

dokaza pribavljenih povredom tajnosti općenja, prava na poštovanje i nepovredivost osobnog ili obiteljskog života odnosno doma. U sudskoj se praksi međutim može odstupiti od tog apsolutnog isključenja, na primjer ako dokaz može poslužiti za presudu za veoma teško kazneno djelo ili za zaštitu veoma važnog interesa. U Irskoj, iako će dokazi pribavljeni povredom temeljnih ljudskih prava u pravilu biti ocijenjeni na osnovi diskrecijske ocjene suca, oni pribavljeni povredom ustavnih prava bit će redovito izdvojeni iz spisa.⁵ U drugoj je grupi sedam država u kojima nisu automatski isključeni dokazi kojima je povrijeđeno neko temeljno pravo, već je prepušteno sudu da ocijeni njihovu zakonitost.⁶ Sud u postupku vaganja uzima u obzir sljedeće kriterije: važnost dokaza za osudu, vjerodostojnost dokaza, podupiru li ga drugi dokazi, je li dokaz bio izveden u kontradiktornom postupku, težinu povrede temeljnog prava te je li njime povrijeđen okrivljenikov privilegij od samooptuživanja i je li rezultat provokacije službenih osoba. Zakonodavstva nekih država iz obiju grupa⁷ predviđaju poseban položaj za nezakoniti dokaz *in favorem* okrivljenika, dopuštajući korištenje takvim nezakonitim dokazom.⁸

2.2. Sustav izdvajanja nezakonitih dokaza u Njemačkoj

Za nas je najzanimljiviji sustav nezakonitih dokaza u Njemačkoj, budući da su neka njegova rješenja djelomično poslužila kao uzor pri razradi koncepcije nezakonitih dokaza u ZKP/08.⁹ Njemačka sudska praksa razvila je pravila o vaganju interesa pri ocjeni zakonitosti dokaza. Nedopušteni načini izvođenja i ocjene dokaza u njemačkoj se teoriji nazivaju dokaznim zabranama (*Beweisverbot*), pri čemu se razlikuju dvije vrste dokaznih zabrana: zabrana izvođenja dokaza (*Beweiserhebungsverbot*) i zabrana ocjene dokaza (*Beweisverwertungsverbot*).¹⁰ Među zabrane izvođenja dokaza spadaju: zabrana predmeta dokazivanja koja se odnosi na činjenice koje se ne smiju

⁵ O mogućim dvojbama vezanim uz iznimke vidi OPINION, p. 6-7 i 16-18.

⁶ "Grupi A" čine Austrija, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Švedska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

⁷ Npr. Belgije i Danske.

⁸ U našoj dogmatici stajalište da nezakonito pribavljeni dokazi u korist okrivljenika ne trebaju biti izdvojeni u kaznenom postupku zastupa Krapac, D.: Kazneno procesno pravo (prva knjiga), Institucije, III., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 134.

⁹ Neki autori upozoravaju da upravo njemačka sudska praksa u području nezakonitih dokaza zbog svoje izgrađenosti postaje relevantan poredbenopravni izvor i za našu praksu u trenutku kad počinje primjena ZKP/08. Tako Bojanić, I. – Đurđević, Z.: o. c., str. 980.

¹⁰ Vidi Pfeiffer, Gerd: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, C. H. Beck, München, 2003., str. 256 i sl.

utvrđivati, zabrana dokaznog sredstva koja se odnosi na dokaze koje zakon zabranjuje i zabrana metode dokazivanja koja se odnosi na zabranjeni način izvođenja dokaza. Budući da Njemačka ne poznaje opće ekskluzijsko pravilo, zabrana ocjene dokaza odnosno utvrđenje da je riječ o nezakonitom dokazu mora biti eksplicitno propisano zakonom ili mora biti rezultat vaganja (*Abwagungslehre*) između javnog interesa progona i pravnih dobara optuženika. Postoji samo jedna zakonska apsolutna dokazna zabrana ispitivanja okrivljenika prisilnim metodama, a ona također vrijedi za svjedoke i vještake. Sve ostale dokazne zabrane koje rezultiraju nezakonitim dokazima izvela je sudska praksa neposredno iz Ustava i načela pravne države.

U izgradnji kriterija prema kojima bi se trebali ravnati raspravni sudovi prilikom odlučivanja o isključenju nekog defektnog dokaza u konkretnom slučaju značajnu je ulogu imao njemački Savezni vrhovni sud (*der Bundesgerichtshof*), koji je dao smjernice za postupanje sudova u slučaju kada zakon nije uspostavio ekskluzijsko pravilo. Odlučivanje obuhvaća tri koraka: a) utvrđivanje da su neke činjenice putem nezakonito pribavljenih ili izvedenih dokaza unesene u činjeničnu osnovicu presude, b) ustanovljivanje da se okrivljenik nakon izvršenog "vaganja interesa" države na učinkovit kazneni progon, s jedne strane, i interesa građana na zaštitu njihovih osnovnih prava i sloboda, s druge strane, može zbog konkretne počinjene nezakonitosti smatrati pogođenim u svojim interesima, c) utvrđivanje da se presuda temelji na takvoj "pobojnoj" nezakonitosti u dokazivanju. "Vaganje" interesa države i okrivljenika vrši se prema ustavnopravnoj teoriji o razmjernosti,¹¹ a kao instrument vaganja služi tzv. teorija o pravnim krugovima.

Njemačko pravo ne prihvaća ekskluzijsko pravilo, poteklo iz anglo-američkog kaznenog procesnog prava, prema kojemu se moraju izdvojiti dokazi prikupljeni povredom procesne forme kojom se istovremeno krši neko ljudsko pravo. Svrha postojanja ekskluzijskog pravila je discipliniranje tijela kaznenog postupka odnosno službenih osoba. Takva svrha neupotrebljivosti dokaza je neprihvatljiva za njemački kazneni postupak, koji nije stranački postupak, već jednostrano istraživanje istine od strane suda i državnog odvjetnika, pri čemu bi dokazne zabrane ograničavale utvrđivanje materijalne istine u kaznenom postupku.¹² Iz tih razloga njemački Savezni sud odbio je teoriju o plodovima otrovne voćke. To znači da svi dokazi koji se pojave pred sudom u pravilu trebaju biti iskorišteni, bez obzira na njihovo porijeklo. Ako je pritom službena osoba prekršila zakon prikupljajući dokaze, o njenoj stegovnoj ili

¹¹ Njemački žalbeni sudovi spomenutu su metodu vaganja počeli primjenjivati već početkom šezdesetih godina 20. stoljeća. Vidi pobliže Gössel, K. H.: Beweisverbote, u: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., Berlin, 2006., erster Band (433-504), str. 444-447, 470.

¹² Usp. Pfeiffer, G.: o. c., str. 86.

kaznenoj odgovornosti raspravljat će se u posebnom postupku, što nema utjecaja na utvrđivanje istine u kaznenom postupku.

Međutim, usprkos načelnom pravilu o korištenju nezakonitim dokazima u kaznenom postupku, njemačka je sudska praksa od tog načela potpuno odstupila kod povrede najviših ljudskih prava, dok je kod povrede drugih prava to načelo relativizirala. Teorijska podloga takvom postupanju prakse jest, dijelom osporavana, teorija o tri pravna kruga: poslovnom, individualnom i intimnom. Povreda prava u području poslovnih aktivnosti kao rezultat ima dokaze koji su u cijelosti upotrebljivi. Dokazi pribavljeni povredom individualnog područja, koje uključuje i socijalno (*privatbereich*), u pravilu su također upotrebljivi, ali ipak u nekim slučajevima sudovi važu između zaštite osobnosti i interesa učinkovitog kaznenog progona. Ta prava, dakle, u slučaju pretežnog javnog interesa mogu biti ograničena bez sankcioniranja njihove povrede. Ali ako je težina povrede prava u nerazmjeru s težinom kaznenog djela, to će rezultirati zabranom prikupljenih dokaza. Sudska je praksa kao takve slučajeve okarakterizirala npr. propust davanja upozorenja privilegiranom svjedoku na njegovo pravo uskrate svjedočenja, ili okrivljeniku na njegova prava poznavanja predmeta optužbe, prava na branitelja i uskrate odgovora na pitanja, pojedine slučajeve uporabe nezakonito učinjenih tonskih snimki razgovora građana ili nekih privatnih potajnih tonskih snimki.¹³ Treće područje privatnog života čovjeka odnosno intimne sfere (prava koja se odnose na život, čast i dostojanstvo čovjeka, tzv. *untastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung*) potpuno je zabranjeno za sve državne zahvate, a ne samo za pribavljanje dokaza. Neupotrebljivost dokaza u tim slučajevima ima cilj zaštitu ljudskog dostojanstva i slobodan razvoj osobnosti.¹⁴

2.3. Sustav izdvajanja nezakonitih dokaza u SAD

Budući da je sustav nezakonitih dokaza propisan čl. 9. st. 2. ZKP/97 djelomično izgrađen po uzoru na doktrinu razvijenu u praksi sudova SAD,¹⁵ osvrnut ćemo se na američki sustav apsolutnog izdvajanja nezakonitih dokaza.

¹³ Usp. Beulke, W.: *Strafprozessrecht*, 9. Aufl., C. F. Müller, Heilderberg, 2006., str. 273, Eisenberg, V.: *Beweisrecht der StPO*, Specialkommentar, 2. Aufl., C. H. Beck, München, 1996., str. 395-402.

¹⁴ Tako Pfeiffer, G.: o. c., str. 84.

¹⁵ Na to upućuju pojmovi upotrijebljeni pri opisivanju hrvatskog sustava nezakonitih dokaza, a oni su utemeljeni u američkom pravu. Usp. Pavišić, Berislav: *Kazneno postupovno pravo*, Rijeka, 2008., str. 62; Pavišić, Berislav: *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Rijeka, 2007., str. 31 i dalje; Krapac, Davor: *Zakon o kaznenom postupku i drugi izvori hrvatskog kaznenog postupovnog prava*, Zagreb, 2008., str. 81.

Temeljna postavka tog sustava u američkom kaznenom procesnom pravu je stajalište da iz dokaznog materijala moraju biti izdvojeni kako nepouzdati i irelevantni dokazi tako i oni koji su, iako pouzdani, prikupljeni na način kojim se krše neke ustavne slobode i prava građana. Svrha nastanka i izgradnje takvog sustava najvećim je dijelom sprječavanje policijskih nezakonitosti, a temelj joj je postavka o potrebi pridržavanja pravnih pravila, jer će u protivnom policija ostati bez učinka svojeg rada.¹⁶ Potreba discipliniranja policije putem izdvajanja nezakonitih dokaza proizlazi iz koordinatnog američkog oblika vlasti gdje lokalne policijske organizacije izmiču nametanju standarda putem hijerarhije,¹⁷ a posljedica toga je sudsko sankcioniranje izdvajanjem dokaza. Usprkos postavljenom cilju, praksa nije potvrdila učinkovitost sprječavanja policijskih zlouporaba apsolutnim izdvajanjem nezakonitih dokaza,¹⁸ što je rezultiralo mnogim prijedlozima uvođenja mjera koje bi se primjenjivale umjesto izdvajanja nezakonitih dokaza radi poboljšanja stege u policiji.¹⁹

Tijekom vremena mijenjao se opseg izdvajanja nezakonitih dokaza. Tako je u razdoblju od 1953. do 1969. godine u vrijeme djelovanja predsjednika Vrhovnog suda SAD Warrena pravilo o izdvajanju nezakonitih dokaza postalo obvezno u svim saveznm državama,²⁰ nakon čega su slijedile mnogobrojne odluke koje su još više proširile zaštitu prava osumnjičenih. Sljedeće razdoblje od 1969. do 1986. godine za vrijeme predsjednika Burgera obilježeno je suprotnim trendom proširivanja policijskih ovlasti i uvođenja iznimke dobre vjere (*good faith exception*).²¹ Istim smjerom nastavio je i predsjednik Rehnquist ograničavajući teoriju plodova otrovne voćke u odluci *United States v. Patane* (2004) i glavni sudac Roberts u predmetu *Hudson v. Michigan* (2006).²² Tijekom daljnjeg razvoja u američkom sustavu povećava se broj iznimki koji-

¹⁶ Tako La Fave, W. P.: Computers, Urinals and the Fourth Amendment: Confessions of a Patron Saint, *Michigan Law Review*, vol. 94, 1996., p. 2561.

¹⁷ Usp. Damaška, Mirjan: *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986., p. 237.

¹⁸ Na to upućuju rezultati dvaju provedenih istraživanja. Podrobnije o tome Oaks, Dallin H.: Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, *The University of Chicago Law Review*, vol. 37, 1970., p. 672; Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and its Alternatives, 1973.

¹⁹ Mjere se kreću od blažih pa do izravnog kažnjavanja policajaca koji su ostvarili povredu. Vidi Calabresi, Guido: The Exclusionary Rule, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 26, 2003., p. 111.

²⁰ Bila je to posljedica odluke *Mapp v. Ohio*, 367. U.S. 643 (1961). Prema: Caplan, Gerard M.: Questioning Miranda, *Vanderbilt Law Review*, vol. 38, 1985., p. 1450.

²¹ Pravila nastala s ciljem smanjivanja mogućnosti za izdvajanje nezakonitih dokaza dobila su naziv pravila o uključivanju (*inclusionary rules*). Usp. Kamisar, Yale: Confessions, Search and Seizure and the Rehnquist Court, *Tulsa Law Journal*, vol. 34, 1995., p. 476.

²² *Hudson v. Michigan* (No 04-1360 od 15. srpnja 2006.), citirano prema: Karas, Željko - Jukić, Miroslav: Promjene u sustavu nezakonitih dokaza s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, *HLJLPP*, vol. 16, br. 2/2009., str. 614.

ma se dokazi ne izdvajaju. Na taj se način zapravo posredno uvažava razmjernost putem donošenja novih pravila, čime se u američkom sustavu nezakonitih dokaza postiže ravnoteža između ciljeva kaznenog postupka. U pravu su autori kada primjećuju da način uspostavljanja te ravnoteže ostvaren u američkom sustavu nije razmatran u hrvatskom pravu kao moguće rješenje.²³

3. RAZVOJ SUSTAVA NEZAKONITIH DOKAZA U REPUBLICI HRVATSKOJ OD OSAMOSTALJENJA DO ZAKONA O KAZNENOM POSTUPKU IZ 2008. GODINE

Da bismo objasnili pravnu prirodu odredbe čl. 10. st. 3. t. 1. i 2. te njezino mjesto u sveukupnom sustavu nezakonitih dokaza prema ZKP/08, valja se osvrnuti na sustav nezakonitih dokaza kako je bio predviđen u Zakonu o kaznenom postupku iz 1993. i Zakonu o kaznenom postupku iz 1997. godine.

Prema Zakonu o kaznenom postupku iz 1993. (u daljnjem tekstu ZKP/93), nezakoniti dokazi, odnosno prema tadašnjoj terminologiji nevaljani dokazi,²⁴ bili su izričito propisani zakonom (*ex lege*) i imali su ekskluzijski učinak. Istovremeno, predstavljali su apsolutno bitnu povredu odredaba kaznenog postupka samo pod uvjetom da se na njima temeljila presuda i ako je bilo očito da, s obzirom na druge dokaze, ne bi bila donesena ista presuda (čl. 354. st. 1. t. 8. ZKP/93). Dakle, isključivo je zakonodavac odlučivao koja povreda temeljnih ljudskih prava i koje težine predstavlja nezakoniti dokaz, dok je prvostupanjski sud bio ovlašten izdvojiti samo one dokaze za koje je Zakon izričito propisao da se na njima ne može temeljiti sudska odluka. Iznimka je bila ovlast drugostupanjskog suda da, odlučujući povodom žalbe, ako utvrdi da je dokaz pribavljen povredom prava obrane, a to je bilo ili je moglo biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude, ukine presudu zbog relativno bitne povrede odredaba kaznenog postupka (čl. 354. st. 2. ZKP/93).

Uređenje nezakonitih dokaza u Zakonu o kaznenom postupku iz 1997. (u daljnjem tekstu ZKP/97) bila je značajna novost. Bilo je utemeljeno na konceptu zaštite temeljnih ljudskih prava, načelu pravičnog postupka i ustavnoj zabrani propisanoj u odredbi čl. 29. st. 4. Ustava RH prema kojoj “dokazi pribavljeni na nezakoniti način ne mogu se upotrijebiti u sudskom postupku”. U skladu s tim, čl. 9. st. 2. ZKP/97 normirao je pojam nezakonitih dokaza iz aspekta zaštite ljudskih prava. Nezakoniti dokazi podijeljeni su u tri grupe. U prvoj grupi bili su dokazi koji su nastali kršenjem temeljnih ljudskih prava i prava obrane. Riječ je o dokazima koji su pribavljeni kršenjem Usta-

²³ Ibidem.

²⁴ Usp. Bayer, Vladimir: Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja, Zagreb, 1995., str. 252-257.

vom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog ili obiteljskog života. Da bi ti dokazi postali neuporabljivi, sud je u konkretnom slučaju morao utvrditi da je pojedini dokaz pribavljen kršenjem nabrojenih ljudskih prava i prava obrane, što znači da su postajali neuporabljivi *ex judicio*.

U drugoj grupi bili su dokazi pribavljeni povredama odredaba kaznenog postupka koje su izričito predviđene ZKP-om. Radilo se, dakle, o već prije poznatim nezakonitim dokazima *ex lege*. Treću grupu činili su dokazi za koje se saznalo iz drugih nezakonitih dokaza, i to bez obzira na to jesu li pribavljivi u skladu s propisanom procedurom ili nisu. Time je legislativno provedena doktrina “plodova otrovne voćke” (*fruit of the poisonous tree doctrine*).²⁵ Zakonom je također ojačan procesni učinak nezakonitih dokaza otklanjanjem “ugrađenog relativiteta” povrede²⁶ izostavljanjem negativnog uvjeta njezina nastanka (povreda je postojala “... osim ako je s obzirom na druge dokaze očito da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda”). Tako je upotreba nezakonitih dokaza sankcionirana kao apsolutno bitna povreda odredaba kaznenog procesnog prava.

Najveća i najznačajnija novost opisanog režima nezakonitih dokaza u ZKP/97 bila je upravo uvođenje nezakonitih dokaza *ex judicio*. Time je sudovima data ovlast da prošire pojam nezakonitih dokaza izvan slučajeva koji su izričito propisani zakonom. Ta se ovlast sudova odnosila na točno određeni krug prava: prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog ili obiteljskog života, pri čemu ovom kategorijom nezakonitih dokaza nisu bile obuhvaćene one povrede navedenih prava koje je Zakon izričito propisao kao nezakonite dokaze. Učinak te sudske ovlasti trebala je biti bolja zaštita ljudskih prava te je u slučaju preklapanja prednost trebalo dati nezakonitim dokazima *ex lege*.²⁷ Praktična primjena sudske ocjene zakonitosti dokaza, u pravilu, ostvarivala se utvrđenjem suda da određene procesne povrede nisu nezakoniti dokaz te je sud u velikoj većini slučajeva odbijao zahtjev za izdvajanjem radnji kod kojih se povreda ZKP-a odnosila na navodnu povredu prava na obranu, dostojanstvo i privatnost, pod uvjetom da ekskluzijsko pravilo nije bilo izričito propisano Zakonom.²⁸ Analiza sudske

²⁵ Riječ je o doktrini koja je nastala u anglo-američkom pravu, a prema njoj su nezakoniti ne samo dokazi koji su pribavljeni na zakonom nedopušten način već i oni tzv. izvedeni, derivativni dokazi (*the tainted evidence*) za koje se iz njih saznalo. Vidi Krapac, Davor: Engleski kazneni postupak, Zagreb, 1995., str. 87.

²⁶ Krapac, Davor: Osnovna prava čovjeka i građanina i načela krivičnog postupka, Zbornik PFZ, vol. 39, br. 5-6/1989., str. 845.

²⁷ Tako Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: o. c. , str. 997-998.

²⁸ Tome su u prilog i sudske odluke navedene uz čl. 9. st. 2. kao dokazi koji ne spadaju u nezakonite dokaze te je zbog toga njihovo izdvajanje bilo odbijeno. Vidi Krapac, Davor: Zakon o kaznenom postupku, Zagreb, Narodne novine, 2008., str. 82-91.

prakse upućuje na zaključak da sudovi nisu izgradili posebne jedinstvene kriterije pri ocjeni zakonitosti dokaza u onim slučajevima gdje to već nije učinio zakonodavac.²⁹ Razlog tome vjerojatno treba tražiti u činjenici da je hrvatski zakonodavac vrlo detaljno propisao slučajeve nezakonitih dokaza tako da sudovi nisu smatrali potrebnim stvaranje nekih sustavnih kriterija za ocjenu zakonitosti pojedinih dokaza.³⁰ Dodali bismo da je to možda djelomično i rezultat izgradnje našeg kaznenog procesnog prava kao prvenstveno zakonskog prava, a ne precedentnog odnosno kazuističkog, kao i obrazovanja naših pravnika u tom duhu.

4. IZMJENE U SUSTAVU NEZAKONITIH DOKAZA U ZAKONU O KAZNENOM POSTUPKU IZ 2008. GODINE

Zakonom o kaznenom postupku iz 2008. god. (u daljnjem tekstu ZKP/08)³¹ nezakoniti dokazi uređeni su čl. 10. st. 1. - 4., a u usporedbi sa čl. 9. ZKP iz 1997. god. sadržajno su unesene tri izmjene. Prva izmjena sadržana je u čl. 10. st. 2. t. 1. i sastoji se u normativnom izdvajanju u posebnu točku nezakonitih dokaza koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja. Za razliku od te izmjene koja je formalne prirode, druga i treća izmjena propisane su novim odredbama čl. 10. st. 3. i 4. te predstavljaju nova rješenja. Tako je st. 3. sudovima postavljen kriterij za ocjenu zakonitosti dokaza pribavljenih povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života (čl. 10. st. 2. t. 2.). Prema čl. 10. st. 3. t. 1., ti se dokazi neće smatrati nezakonitima ako su pribavljeni radnjom za koju je prema Kaznenom zakonu isključena protupravnost. Najznačajnija izmjena predviđena

²⁹ Krapac upozorava na činjenicu da "naši sudovi još nisu izgradili jednu takvu teoriju o 'vaganju' sukladnu vrijednostima zaštićenim našim pravnim poretom." Vidi Krapac, Davor: Kazneno procesno pravo (prva knjiga), Institucije, 2007., str. 384.

³⁰ Bojanić i Đurđević upozoravaju na korelaciju koja postoji između stupnja uređenosti problematike nezakonitih dokaza i stupnja razvijenosti judikature o nezakonitosti dokaza. Tako su u pravnim porecima u kojima je razrađena judikatura o zakonitosti dokaza zakonski propisi malobrojni i načelne prirode (primjer Njemačke), dok su u pravnim porecima u kojima sudska praksa nije razvila posebne kriterije za ocjenu zakonitosti dokaza propisi o nezakonitim dokazima vrlo brojni i detaljni (primjer Hrvatske). Usp. Bojanić, Igor – Đurđević Zlata: o. c., str. 998.

³¹ Pod Zakonom o kaznenom postupku iz 2008. podrazumijevamo Zakon o kaznenom postupku od 15. prosinca 2008. (objavljen u NN br. 152 od 24. prosinca 2008.) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku od 30. lipnja 2009. (objavljen u NN br. 76 od 1. srpnja 2009.).

je čl. 10. st. 3. t. 2. i njome se uvodi načelo razmjernosti kao kriterij ocjene određene kategorije dokaza. Prema toj odredbi dokazi iz čl. 10. st. 2. t. 2. ne smatraju se nezakonitim dokazima u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti kazneni postupak kod kojih je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja od težine kaznenog djela.

Iako je cjeloviti tekst st. 3. čl. 10. predvidio novo zakonsko rješenje u području nezakonitih dokaza, upravo je odredba t. 2. st. 3. čl. 10. izazvala ozbiljne dvojbe i kritike. Tako se postavlja pitanje sklada te odredbe sa čl. 29. st. 4. Ustava RH koji propisuje zabranu uporabe nezakonitih dokaza u sudskom postupku. Budući da je ta ustavna zabrana potpuna, jer se odnosi na sve nezakonito pribavljene dokaze, a istovremeno je i apsolutna te usmjerena upravo isključenju uporabe nezakonito pribavljenih dokaza iz kaznenog postupka, uvođenje elementa razmjernosti u čl. 10. st. 3. t. 2. znači zapravo mijenjanje te ustavne odredbe njenom relativizacijom. Prigovara se nepreciznom određivanju kategorije kaznenih djela povodom kojih se primjenjuje sporna odredba, kao i širokom obuhvatu vrlo različitih povreda prava. Također se upozorava na dalekosežno značenje ove iznimke zbog koje "... cijeli postupak gubi značajke jamstvenosti, pa bi, posebno imajući u vidu promjene strukture postupanja u vezi s kaznenim djelom (državnoodvjetnička umjesto dosadašnje sudske istrage), moglo doći do vrlo ozbiljnih pojava kršenja temeljnih prava i krajnje dvojbenih presuda. Samo postojanje te odredbe dovodi u neravnopravan položaj počinitelje kaznenih djela u ključnoj komponenti dokazivanja... Stoga bi bilo nužno iznova razmotriti tu odredbu".³²

4.1. Sustav nezakonitih dokaza prema Zakonu o kaznenom postupku iz 2008. godine

Već smo spomenuli da je odredba čl. 10. ZKP/08 unijela značajne novosti u sustav nezakonitih dokaza. One se očituju kako u novoj kategorizaciji u tom sustavu tako i u uvođenju zakonskih kriterija sudovima za ocjenu zakonitosti dokaza kojima se krši određeni krug ljudskih prava. S obzirom na izvor i pravnu snagu, nezakoniti se dokazi mogu podijeliti u četiri kategorije.

Prvu kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 1. ZKP/08) čine dokazi pribavljeni mučenjem, okrutnim ili nečovječnim postupanjem koji predstavljaju apso-

³² Analizirajući Prijedlog Zakona o kaznenom postupku, Pavišić navodi vrlo ozbiljne primjedbe ističući da bi bilo najbolje sasvim izostaviti odredbu čl. 10. st. 3. t. 2. ili barem propisati da to ne može biti jedini dokaz o kaznenom djelu i krivnji na kojemu se temelji presuda. Vidi Pavišić, Berislav: Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, HLJKPP, vol. 15, br. 2/2008., str. 528-530.

lutnu dokaznu zabranu u potpunosti nederogabilnu.³³ Tako se prema čl. 17. st. 3. Ustava RH primjena ustavnih odredba o zabrani mučenja, surovog ili nečovječnog postupanja ili kažnjavanja ne može ograničiti “niti u slučaju neposredne opasnosti za opstanak države”. Procesnopravni učinak kršenja zabrane očituje se u neuporabivosti dokaza pribavljenih na taj način kao dokaza u kaznenom postupku. Samo kršenje te zabrane inkriminirano je kao kazneno djelo iz čl. 126. KZ (iznuda iskaza) i čl. 176. KZ (mučenje i drugo okrutno, neljudsko ili ponižavajuće postupanje). Ta je zabrana propisana Ustavom, zakonom i međunarodnim pravom te je izdvajanje ove kategorije nezakonitih dokaza rezultat međunarodnopravne obveze proizašle iz najnovije judikature Europskog suda za ljudska prava utemeljene na čl. 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda te Europske konvencije o sprječavanju mučenja i neljudskog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja iz 1997., kao i Konvencije UN protiv torture i drugih okrutnih, neljudskih i ponižavajućih kazni i postupaka iz 1984. Normativno izdvajanje nezakonitih dokaza pribavljenih kršenjem zabrane mučenja, okrutnog ili nečovjennog postupanja u potpunosti je opravdano posebnim međunarodnopravnim statusom te zabrane kao i s aspekta potrebe za stalnim potvrđivanjem temeljnih načela pravne države. Naime, posljednjih su se godina vodile žestoke rasprave o pitanju može li mučenje u iznimnim slučajevima (kao što je npr. suprotstavljanje države terorizmu) ipak biti dopušteno ili barem ispričivo.³⁴ U tim raspravama naročito su se problematizirali slučajevi tzv. preventivnog mučenja, pri čemu su pristaše dopuštenosti te metode iznosili različite argumente koji se mogu svesti na teleološke i normativne. S druge strane, njemački su teoretičari dubljom analizom tih argumenata upozorili na njihovu neprihvatljivost.³⁵

Drugu kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 3. ZKP/08) predstavljaju dokazi pribavljeni kršenjem procesnih pravila ZKP-a koji su izričito propisani Zakonom (*ex lege*). Riječ je o dokazima kod kojih je zakonodavcu prepuštena odluka hoće li zbog povrede određenog temeljnog ljudskog prava zajamčenog procesnom formom predvidjeti ekskluzijsko pravilo. Pri donošenju odluka zakonodavac primjenjuje načelo razmjernosti važući interes zaštite određenog temeljnog prava pojedinca s jedne strane te interes javnog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela s druge strane. ZKP/08 jednako detaljno normira nezakonite dokaze kao i ZKP/97, pa čak proširuje broj slučajeva izričito propisanih nezakonitih dokaza do kojih je došlo kršenjem velikog broja temeljnih prava uključujući prava, obrane, prava na dostojanstvo i prava na privatnost.

³³ Tako Krapac, Davor: Kazneno procesno ..., 2007., rubna bilješka 590., str. 400.

³⁴ O slučaju *Daschner* kao ilustraciji kompleksnosti ovog pitanja vidi detaljnije: Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: o. c., str. 984-991. Razni aspekti tog slučaja, kako materijalnopravne tako i procesnopravne prirode, detaljno su razrađeni u njemačkoj literaturi navedenoj u bilj. 33 citiranog rada.

³⁵ Prikaz ovog problema daje Krapac, Davor: o. c., rubna bilješka 590., str. 400-404.

Povećanje broja izričito propisanih nezakonitih dokaza djelomično je posljedica proširenja ovlasti za poduzimanje pojedinih dokaznih radnji, što dovodi i do predviđanja brojnih slučajeva kršenja propisanih uvjeta. Tako su čl. 250. st. 1. t. 1. – 8. ZKP/08 slučajevi nezakonitih pretraga prošireni na iznenadnu pretragu provedenu na temelju naloga državnog odvjetnika iz čl. 245. (državni odvjetnik nije u roku iz čl. 245. st. 2. predao sucu istrage nalog i zapisnik o poduzetoj pretrazi ili je odbijen zahtjev za ovjeru pisanog naloga državnog odvjetnika o pretrazi ili zapisnika o provedenoj pretrazi) odnosno hitnu pretragu kada državni odvjetnik, istražitelj ili policija provodi očevid mjesta počinjenja kaznenog djela iz čl. 246. st. 1. (ne radi se o djelu za koje se progoni po službenoj dužnosti, pretraga izvršena nakon proteka roka od osam sati od otkrivanja djela, izvršena pretraga doma ili prostora iz čl. 256.), kao i na propuste kod pretrage osobe drugog spola iz čl. 251. st. 2. (u zapisnik nisu unesene okolnosti zbog kojih je pretragu osobe obavila osoba drugog spola) te nove slučajeve uvjeta za pretrage propisane posebnim zakonom iz čl. 256. Nezakoniti dokazi vezani uz iskaz okrivljenika propisani čl. 281. prošireni su slučajevima koji se pretežno odnose na audio-video snimanje prvog ispitivanja okrivljenika iz čl. 275. st. 1. – 4. i st. 6. (potpisivanje pouke o pravima, snimanje prvog ispitivanja, upozorenje o snimanju, unošenje podataka u zapisnik, izrade snimka) kao i postupanje protivno odredbama čl. 273. (pouka o pravima, tijek ispitivanja, omogućivanje uzimanja branitelja, uporaba jezika). Slučajevi nezakonitih dokaza koji se tiču iskaza svjedoka propisani čl. 300. st. 1. t. 1. – 7. i st. 2. prošireni su na kršenje odredba o zaštićenom svjedoku ako nije osigurana zaštita identiteta i poseban način sudjelovanja u postupku i poseban način ispitivanja iz čl. 295. st. 4. i 5., ili ako je povrijeđeno pravo na uskratu odgovora na pitanja koja se odnose na strogo osobni život žrtve kaznenog djela protiv spolne slobode i spolnog ćudoređa iz čl. 45. st. 1. t. 3. Također se nezakonitim dokazom smatra slučaj kada suočenje svjedoka s drugim svjedokom ili okrivljenikom nije snimljeno uređajem za audio-video snimanje iz čl. 289. st. 5.

Nove zakonske odredbe koje reguliraju posebne dokazne radnje dvojako su utjecale na pitanje zakonitosti dokaza. Naime, čl. 332. st. 1. t. 1. – 8. propisuju nove vrste dokaznih radnji, dok st. 4. i 5. istog članka proširuju krug osoba koje se radnjama mogu zahvatiti te se tako prikupljene obavijesti i dokazi mogu koristiti kao zakonit dokaz. Također je čl. 334. proširen katalog kaznenih djela za koje se mogu odrediti te radnje, a čl. 335. st. 3. propisani su dulji rokovi mogućeg trajanja posebnih dokaznih radnji. Posljedica takve zakonske regulative jest povećanje broja slučajeva nezakonitih dokaza pribavljenih provođenjem posebnih dokaznih radnji protivno čl. 332., što je propisano čl. 335. st. 8. Tako se npr. može raditi o slučaju da nalog suca istrage ne sadržava potpune i provjerljive razloge postojanja osnova sumnje ili da se nalog odnosi

na kazneno djelo izvan kataloga kaznenih djela iz čl. 334., ili nije bilo prethodne pisane suglasnosti "treće" osobe za primjenu posebnih dokaznih radnji iz čl. 332. st. 1. t. 1. – 4. i t. 6. – 8., ili je provedba posebne dokazne radnje započela prije izdavanja naloga državnog odvjetnika ili suca istrage odnosno ako je radnja trajala nakon isteka zakonom propisanih rokova trajanja.

Zadržavanje poštanskih pošiljki, koje je ZKP/97 regulirao odredbama o privremenom oduzimanju predmeta, ZKP/08 izdvaja kao jednu od posebnih dokaznih radnji u čl. 339., djelomično dopunjujući uvjete zadržavanja. Stavkom 8. istog članka propisano je da se dokazi za koje se saznalo iz podataka prikupljenih postupcima protivnim stavicima 1. – 5. citiranog članka ne mogu upotrijebiti u kaznenom postupku. Riječ je, dakle, o novim slučajevima nezakonitih dokaza izričito propisanih zakonom, koji postoje ako nema prijedloga državnog odvjetnika ili naloga suca istrage propisanog sadržaja, ili ako su prekoračeni propisani rokovi trajanja mjere, ako je mjera primijenjena za kazneno djelo izvan kataloga kaznenih djela is stavka 3. tog članka, ako sudac istrage u roku od tri dana od privremenog naloga državnog odvjetnika ne donese rješenje o primjeni mjere, odnosno ako nije propisno postupljeno prilikom otvaranja pošiljki (odsutnost dvaju svjedoka i sl.).

Valja primijetiti da je do ovog povećanja broja slučajeva nezakonitih dokaza *ex lege* došlo zbog proširenja ovlasti za poduzimanje pojedinih dokaznih radnji kao i zbog predviđanja novih dokaznih radnji, što je imalo kao posljedicu povećanje područja ograničenja temeljnih ljudskih prava i sloboda. Upravo stoga, obogaćeni popis nezakonitih dokaza *ex lege* trebao bi pridonijeti boljoj zaštiti temeljnih prava i sloboda okrivljenika.

Budući da je riječ o nezakonitim dokazima *ex lege* na kojima se ne mogu temeljiti sudske odluke, sudovi su dužni, čim utvrde da se takav dokaz nalazi u spisu predmeta, izdvojiti nezakoniti dokaz. Ako se presuda temelji na nezakonitom dokazu, ostvarena je bitna povreda odredaba kaznenog postupka, a posljedica te pravne povrede jest ukidanje presude. Izdvajanje nezakonitih dokaza regulirano je odredbama čl. 86., čl. 344. st. 4. i 5., čl. 351., čl. 371. st. 3. te čl. 474. st. 4. ZKP/08, pri čemu je odredba čl. 86. opća odredba o izdvajanju zapisnika (obavijesti). Ta odredba razlikuje izvore koji se izdvajaju i vrijeme izdvajanja. Tako su st. 1. obuhvaćeni zapisnici o nezakonitim dokazima *ex lege*, a st. 3. obavijesti koje su dali građani u skladu sa čl. 208. odnosno zapisnici iz čl. 206. st. 9. Ostale odredbe supsidijarno se primjenjuju ako nije postupljeno u skladu sa čl. 86.

Treću kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 2. u vezi sa st. 3. t. 1. i 2. ZKP/08) čine dokazne zabrane zbog kršenja temeljnih prava zajamčenih međunarodnim pravom, Ustavom i zakonom, ali koje nemaju apsolutni karakter, već je ocjena njihove zakonitosti prepuštena sudovima. Riječ je o dokazima nastalim povredom prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovređi-

vost osobnog i obiteljskog života,³⁶ kojih nezakonitost nije izričito propisana zakonom, već se utvrđuje *ex judicio*, primjenom načela razmjernosti odnosno utvrđivanjem postojanja razloga isključenja protupravnosti. Prava novina uvedena ZKP/08 za ovu kategoriju dokaza je propisivanje kriterija pomoću kojih će sud procjenjivati zakonitost dokaza kojim je prekršeno neko od spomenutih prava. Valja istaknuti da je sama ideja primjene načela razmjernosti prilikom sudskog odlučivanja o nezakonitosti dokaza, kao i provođenje izvjesnih kriterija za tu ocjenu, bila već predviđena čl. 10. st. 2. Nacrta ZKP iz 1994. godine,³⁷ ali nije postalo dio zakonskog teksta čl. 9. ZKP/97.

Četvrtu kategoriju (čl. 10. st. 2. t. 4. ZKP/08) nezakonitih dokaza predstavljaju dokazi izvedeni iz nezakonitih dokaza, čija je koncepcija i pravna snaga ostala ista kao u ZKP/97. Stoga se dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza uvijek moraju izdvojiti, bez obzira na to jesu li oni utemeljeni *ex lege* ili *ex judicio*.

4.2. Utjecaj razloga isključenja protupravnosti prema Kaznenom zakonu na ocjenu zakonitosti dokaza

Iako odredba čl. 10. st. 3. t. 1. nije načelno dovedena u pitanje, ipak ćemo se kratko osvrnuti na prirodu i pravni značaj te odredbe, budući da i ona, kao i čl. 10. st. 3. t. 2., predstavlja iznimku u okviru pojma nezakonitih dokaza. Spomenutom je odredbom propisano da se ne smatraju nezakonitim dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, ako su takvi dokazi pribavljeni radnjom za koju je prema Kaznenom zakonu isključena protupravnost. Primjena ovako koncipirane odredbe stavlja pred sud složene zahtjeve. Sud najprije mora utvrditi da

³⁶ Budući da svaka povreda zakona nije ujedno i povreda ustavnog prava, za ocjenu je li nekom postupovnom radnjom povrijeđeno neko od nabrojanih temeljnih prava i sloboda građana valja uzeti stajalište Ustavnog suda RH zauzeto u odluci u predmetu U-III-1125/1999 od 13.III. 2000., NN br. 38/00. Prema tom stajalištu riječ je o ustavno nedopuštenom zadiranju u temeljne slobode i prava građana ako je kazneni sud povrijedio ustavno načelo jednakosti iz čl. 26. Ustava RH, bilo u postupovnom, bilo u materijalnopravnom smislu. Moguće postupovne povrede ustavnog načela jednakosti sadržajno odgovaraju elementima načela pravičnog postupka.

³⁷ Članak 10. st. 2. Nacrta ZKP iz 1994. godine glasi: " ... Pri odlučivanju uporabljivosti dokaza na način koji predstavlja kršenje temeljnih ljudskih prava zajamčenih Ustavom, sud će posebno ocijeniti razmjer između javnog probitka i zaštite pojedinačnih prava, težinu kaznenog djela, težinu povrede temeljnih ljudskih prava i mogućnost njezinog otklanjanja, prirodu mjere kojom je to pravo povrijeđeno kao i druge okolnosti koje mogu utjecati na ugled kaznenog pravosuđa". Usp. Krapac, Davor: Reforma kaznenog postupka i zaštita ljudskih prava, HLJKPP, vol. 1, br. 1/1994., str. 112.

određeni način pribavljanja dokaza povredom nabrojanih prava ostvaruje biće određenog kaznenog djela, a nakon toga mora ispitati jesu li se u konkretnom slučaju ispunile pretpostavke nekog Kaznenim zakonom propisanog razloga isključenja protupravnosti. U takvo postupanje svakako ne spadaju slučajevi nezakonitih dokaza na kojima se sukladno čl. 10. st. 2. t. 1., 3. i 4. sudske odluke nikada ne smiju temeljiti, kao ni dokazi kojih je načelna neupotrebljivost relativizirana odredbom čl. 10. st. 3. t. 2. Za primjenu čl. 10. st. 3. t. 1., glede načina pribavljanja dokaza, značajne su odredbe posebnog dijela Kaznenog zakona o pojedinim kaznenim djelima protiv slobode i prava čovjeka i građanina, a što se tiče razloga isključenja protupravnosti propisanih Kaznenim zakonom, relevantne su odredbe o nužnoj obrani i krajnjoj nuždi te odredbe o zakonitoj uporabi sredstava prisile u postupanju tijela vlasti.³⁸ Valja naglasiti da primjena čl. 10. nije vezana samo uz postupanje tijela državne vlasti kao što su policija, državni odvjetnik ili sudac istrage kada pribavljaju dokaze, već se primjena te odredbe odnosi i na djelovanje privatnih osoba.³⁹ Sve izneseno ipak ne daje odgovor na pitanje mogu li se tijela državne vlasti pozivati na opće razloge isključenja protupravnosti i u kojoj mjeri to mogu činiti. Naime, ako tijela državne vlasti prilikom pribavljanja dokaza postupaju u skladu sa zakonskim ovlastima i formama, isključena je protupravnost njihova postupanja. Pitanje se postavlja tek kada su prekoračene takve granice: mogu li se tada tijela državne vlasti pozvati na nužnu obranu odnosno nužnu pomoć ili krajnju nuždu? Budući da našoj sudskoj praksi u budućnosti tek predstoji izgradnja kriterija za primjenu odredbe čl. 10. st. 3. t. 1., valja kao polazne smjernice uzeti temeljna stajališta u vezi s tim problemom izgrađena u njemačkoj kaznenopravnoj dogmatici.

U pogledu pozivanja državnih tijela na nužnu obranu, osobite sporove izazvala su tumačenja vezana uz posebne propise koji reguliraju ovlasti policije na uporabu vatrenog oružja. Ovisno o autoru nude se različita rješenja tog problema, čiji značenje prelazi ograničene okvire spomenute ovlasti policije. Zauzeto stajalište i argumentaciju valja shvatiti kao smjernice za rješavanje svih slučajeva prekoračenja ovlasti tijela državne vlasti, koje se mogu okarakterizirati kao nedopuštene radnje pribavljanja dokaza. Usprkos takvim različitim stajalištima, prevladavajuće je mišljenje da se i tijela državne vlasti mogu pozivati na opću zakonsku odredbu o nužnoj obrani odnosno o nužnoj pomoći

³⁸ U pogledu načina pribavljanja dokaza u obzir dolaze kaznena djela: narušavanje nepovredivosti doma (čl. 122. KZ), protuzakonita pretraga (čl. 123. KZ), povreda tajnosti pisama i drugih pošiljaka (čl. 130. KZ) i neovlašteno snimanje i prisluškivanje (čl. 131. KZ). Kao razlozi isključenja protupravnosti mogući su nužna obrana (čl. 29. KZ) i krajnja nužda (čl. 30. st. 1. KZ), a što se tiče postupanja organa vlasti, u obzir dolazi zakonita uporaba sredstava prisile (čl. 32. KZ). Usp. Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: o. c., str. 992.

³⁹ Ibidem.

koja dopunjuje sadržaje predviđene posebnim propisima. Pri tome valja od tijela državne vlasti zahtijevati suzdržanije postupanje prema napadačevim pravnim dobrima u usporedbi s postupanjem privatnih osoba u istim situacijama. Razlog takvom zahtjevu je stručna osposobljenost i opremljenost za odbijanje protupravnog napada tijela državne vlasti, osobito policije.⁴⁰

Što se tiče krajnje nužde, također postoje različita stajališta. Protivnici mogućnosti pozivanja tijela vlasti na institut krajnje nužde kao opravdanje za zadiranje u tuđa prava upozoravaju na opasnost od zlouporabe opravdavajuće krajnje nužde. Zagovornici primjene tog instituta kao razloge isključenja protupravnosti postupanja državnih tijela ističu da ta primjena mora biti restriktivna, ograničena na rijetke, nesvakidašnje i iznimne situacije, koje zbog posebne pravne prirode instituta krajnje nužde nije moguće unaprijed konkretno predvidjeti u zakonskom tekstu. To su, dakle, samo oni slučajevi u kojima zakonodavac nije predvidio konflikt između javnog interesa za zadiranje u tuđa prava i interesa za zaštitu temeljnih ljudskih prava. Pri ocjeni iznimnosti pojedine situacije valja imati na umu da zakonodavac u mnogim propisima već uzima u obzir mogući konflikt interesa. Čak se i protivnici pozivanja na opravdavajuću krajnju nuždu priklanjaju tom stajalištu u ekstremnim slučajevima.⁴¹

Izloženo stajalište njemačke doktrine i sudske prakse valja tumačiti kao smjernice za hrvatsko kazneno pravo.⁴² Kad je riječ o pravu na nužnu obranu, treba imati na umu činjenicu da odgovarajuće odredbe Zakona o policijskim poslovima i ovlastima (u daljnjem tekstu ZPPO/09), osobito one o uporabi sredstava prisile, u značajnoj mjeri ograničavaju to pravo.⁴³ Glede pozivanja na krajnju nuždu koja isključuje protupravnost, ona je u pravilu nedopuštena, ako je isključenje protupravnosti predviđeno posebnim propisom.⁴⁴ Iznimno, ako je riječ o otklanjanju izvanredne opasnosti, koju zakonodavac nije uzeo u obzir pri propisivanju ovlasti policije, moglo bi se pozvati na krajnju nuždu.⁴⁵

⁴⁰ Usp. Roxin: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006., rubne bilješke 113-115., str. 711-712.

⁴¹ Ibidem, rubna bilješka 104., str. 774.

⁴² Tako Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: o. c., str. 995.

⁴³ Zakon je objavljen u Narodnim novinama br. 76/09 od 1. srpnja 2009., kad je i stupio na snagu. Uporaba sredstava prisile uređena je u glavi IV., odjeljak 22., člancima 81.-98.

⁴⁴ To može biti slučaj kod posebnih izvidnih mjera odnosno posebnih dokaznih radnji. U tom smislu je presuda Ustavnog suda U-III/857/2008.

⁴⁵ Usp. Novoselec, Petar: *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2007., str. 210.

4.3. Načelo razmjernosti i kriteriji utvrđivanja nezakonitosti dokaza *ex judicio*

Najznačajnija, ali i najdvojbenija izmjena u sustavu nezakonitih dokaza u Zakonu o kaznenom postupku iz 2008. godine upravo je odredba čl. 10. st. 3. t. 2., kojom je propisano da se ne smatraju nezakonitim dokazi koji su pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života, pod uvjetom da je tako postupljeno: 1. u postupku za teške oblike kaznenih djela za koja se provodi redoviti kazneni postupak i 2. da je povreda prava, s obzirom na jakost i narav, bitno manja u usporedbi s težinom kaznenog djela. Zakonodavac je formulacijom citirane odredbe zapravo odredio kriterije koje sud treba primjenjivati pri utvrđivanju zakonitosti konkretnog dokaza. Tako je kao materijalnopravne pretpostavke odredio dobra koja sudac mora vagati pri ocjeni hoće li izdvojiti određeni dokaz ili to neće učiniti.

S jedne strane, mora se raditi o teškom obliku kaznenog djela za koje se provodi redoviti kazneni postupak. Takvom uopćenom izričaju može se staviti ozbiljan prigovor. Jasno je da kod težih oblika kaznenih djela postoji jači javni interes kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja. Međutim, ovdje se nasuprot povredi jednog od temeljnih ljudskih prava stavlja teži oblik bilo kojeg kaznenog djela za koje se vodi redoviti kazneni postupak.⁴⁶ S tim u vezi može se postaviti još jedno pitanje. Budući da je pojam teškog oblika kaznenog djela u materijalnom kaznenom pravu shvaćen kao kvalificirani oblik konkretnog kaznenog djela, proizlazi zaključak da za zadovoljenje tog uvjeta nije dovoljno samo postojanje otegotnih okolnosti ili drugih osobito teških okolnosti počinjenja osnovnog oblika kaznenog djela. Takvo tumačenje može dovesti do nerazmjera, jer su kvalificirani oblici pojedinih kaznenih djela lakši od osnovnih oblika nekih drugih kaznenih djela. Osim toga, nije ništa manje važna činjenica da je težina kaznenog djela okolnost koja se vrednuje pri utvrđivanju potrebe izdavanja dokaza, pri čemu je nejasno koliki je utjecaj apstraktne težine ili pojedinačnih konkretnih okolnosti kaznenog djela.⁴⁷ Sve navedeno čini ovaj kriterij nedovoljno preciznim, ostavljajući mogućnost nedosljedne sudske ocjene prilikom "vaganja". Valjalo bi, stoga, precizirati sporni izričaj određivanjem da mora biti riječ o najtežim kaznenim djelima za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, ili čak o njihovim teškim oblicima u smislu njihovih kvalificiranih oblika ili posebno teških okolnosti počinjenja kaznenog djela. Na taj bi način bilo suženo područje primjene odredbe st. 3. t. 2. čl. 10. na najteže slučajeve teških kaznenih djela, što bi rezultiralo iznimnom i rijetkom primjenom te odredbe. Istovremeno, ostaje otvoreno načelno pitanje

⁴⁶ Usp. Bojanić, I. – Đurđević, Z.: o. c., str. 999.

⁴⁷ Na to upozoravaju Karas, Željko – Jukić, Miroslav: o. c., str. 620.

može li u postupcima za najteža kaznena djela, u kojima se može očekivati izricanje najtežih kazni, tako odstupati od zakonitosti dokaza prihvaćanjem njihova pribavljanja povredom temeljnih ljudskih prava i sloboda.

S druge strane, procjenjuje se jačina povrede prava. Propisano je da ona s obzirom na jakost i narav mora biti bitno manja od težine kaznenog djela. Dakle, na drugoj strani vage nalazi se povreda prava pojedinca koja se stavlja u odnos s težinom kaznenog djela. Valja primijetiti da korelacija nije sasvim primjerena. Naime, kaznena djela nisu odgovarajuća mjerila za postupanje države, pa ni u slučaju kada se regulira njezina protupravna djelanost.⁴⁸ Povredu prava treba vagati s javnim interesom kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenog djela, a ne samo s povredom odnosno štetom koju je žrtvi nanijelo kazneno djelo. Javni interes kaznenog progona ne proizlazi samo iz težine konkretnog kaznenog djela i vrijednosti zaštićenog dobra, već i iz nekih drugih okolnosti kao što su npr. učestalost vršenja takvih kaznenih djela ili odjek koje je to djelo imalo u javnosti. U tom smislu apstraktna težina kaznenog djela mora biti upotpunjena pojedinačnim konkretnim okolnostima počinjenja kaznenog djela i stavljena u kontekst šire društvene prosudbe.

U pogledu vrste prava koja ne zahtijevaju apsolutno ekskluzijsko pravilo također se otvaraju izvjesna pitanja. To se osobito odnosi na relativizaciju prava na dostojanstvo koje se u mnogim pravnim poredcima, kao i u međunarodnom pravu, smatra najvišim ljudskim pravom koje ima apsolutni karakter. Tako je u čl. 1. Povelje ljudskih prava Europske unije pravo na ljudsko dostojanstvo proglašeno fundamentalnim ljudskim pravom, koje je ugrađeno i u mnoga druga prava te se mora poštovati u svim postupcima Unije ili države. Također se u najvećem broju slučajeva kada država vrijeđa ljudsko dostojanstvo ostvaruju i elementi nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja zabranjenog čl. 3. Europske konvencije za zaštitu temeljnih ljudskih prava i sloboda. Na široko tumačenje spomenutih pojmova upućuje i recentna praksa Europskog suda za ljudska prava.⁴⁹ U skladu sa zauzetim stajalištem Europskog suda,

⁴⁸ Tako Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: o. c., str. 1000.

⁴⁹ Tako je Sud naređivanje zatvoreniku da se skine u nazočnosti ženske osobe te nakon toga dodirivanje golim rukama njegova spolovila i hrane koju je dobio poštom smatrao očitim nedostatkom poštovanja i narušavanjem ljudskog dostojanstva, što se može uzeti kao ponižavajuće postupanje (presuda Valasinas protiv Litve, 31, 44558/98, od 24.7.2001.). Također u presudi Büyükdag protiv Turske (16, 28340/95 od 21.12.2000.) nanošenje nekoliko podljeva, miopije i odvajanje mrežnice oka od udaraca smatrao je neljudskim i ponižavajućim ponašanjem. Slično je Sud postupio i u presudi Atlay protiv Turske (27, 22279/93 od 22. 5.2001.) kad je neljudskim proglasio ponašanje vlasti koje su liječničku pomoć pružile nakon 14 dana od nanošenja oguljotina na glavi. U predmetu Algür protiv Turske (38, 32574/96 od 22.10.2002.) Sud je zlostavljanje, uključujući i nedostatak liječničkih pregleda, smatrao neljudskim i ponižavajućim postupanjem. Prema: Karas, Željko: Neka obilježja povreda čl. 3. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, HLJKPP, vol. 10, br. 1/2003., str. 36-37.

valjalo bi kao povredu dostojanstva uzeti npr. verbalno vrijeđanje, šamaranje i pljuvanje kao oblik realne uvrede, skidanje do gola prilikom ispitivanja, li-zanje cipela istražitelja i slične postupke. Zbog vrlo tanke i elastične granice koja dijeli većinu slučajeva povrede ljudskog dostojanstva od nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, čini se opravdanim uvesti apsolutno ekskluzijsko pravilo za povredu prava na dostojanstvo čovjeka.

Iako je vaganje povrede prava obrane i prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života radi ostvarenja učinkovitog kaznenog postupka prihvaćeno u mnogim europskim pravnim sustavima, držimo da bi i povrede prava obrane, osobito pojedine oblike povrede toga prava, valjalo prilikom vaganja interesa prihvaćati i iznimno tolerirati. Budući da je riječ o kompleksnom pravu širokog sadržaja, vrlo različita ponašanja ili propusti mogu predstavljati povredu prava obrane. Iako mnogobrojne odredbe Zakona o kaznenom postupku reguliraju konkretne aspekte tog prava, bilo bi neprimjereno svako kršenje takvih odredba smatrati jednako teškim i važnim za prava okrivljenika. Upravo zbog toga neke su povrede prava obrane izričito sankcionirane kao nezakoniti dokazi *ex lege*, dok je za ostale prepušteno sudu da procjenjuje njihovu težinu odnosno jakost i narav vaganjem u odnosu prema težini kaznenog djela. Prilično je nezahvalno unaprijed ograničiti broj mogućih povreda prava obrane taksativno ih određujući, već se čini prihvatljivijim ostaviti otvoren prostor za diskrecijsko odlučivanje suda. S obzirom na to da je riječ o osjetljivom pitanju, opravdano je očekivati istančan pristup suda svakom konkretnom slučaju.

Kao ilustraciju složenosti i osjetljivosti ovog pitanja navest ćemo analizu jedne praktične situacije, koja je već spomenuta u literaturi,⁵⁰ proširujući je srodnim slučajevima. Riječ je o zabrani primjene obmane, kaptopioznih i sugestivnih pitanja da bi se došlo do izjave ili priznanja okrivljenika (čl. 276. st. 5. i čl. 277. st. 1. ZKP) odnosno iskaza svjedoka (čl. 289. st. 3. ZKP) u slučaju glavnog ispitivanja.⁵¹

S aspekta prava obrane za nas su zanimljive zabrane koje se odnose na ispitivanje okrivljenika. Zakon o kaznenom postupku iz 2008. nomotehnički pravi izvjesnu razliku prilikom propisivanja zabrane obmane i zabrane kaptopioznih i sugestivnih pitanja. Dok je postavljanje kaptopioznih i sugestivnih pitanja okrivljeniku izričito zabranjeno st. 1. čl. 277., do zabrane obmane dolazi se na posredan način. U st. 5. čl. 276. navedeno je da se “pri ispitivanju okrivljenika ne smije postupiti suprotno članku 6. ovog Zakona”. U st. 2. čl. 6. propisani su

⁵⁰ Usp. Karas, Željko – Jukić, Miroslav: o. c., str. 622-623.

⁵¹ Iznimka je predviđena čl. 420. st. 4., po kojem se svjedoku mogu postaviti sugestivna pitanja i pri izravnom ispitivanju samo u slučaju potrebe razjašnjenja iskaza svjedoka. Sugestivna pitanja svjedoku također su dopuštena prilikom unakrsnog ispitivanja ili kada svjedok izbjegava odgovor.

zabranjeni načini pribavljanja dokaza pri ispitivanju okrivljenika, svjedoka ili druge osobe, kao što su primjena medicinske intervencije, davanje takvih sredstava kojima se utječe na njihovu volju pri davanju iskaza odnosno upotrebe sile, prijetnje ili drugih sličnih sredstava. U dikciji navedene odredbe ne spominje se, dakle, izričito obmana. Objašnjenje te situacije može biti dvojako. Prvo bi bilo da je zakonodavac obmanu svrstao pod sintagmu "druga slična sredstva". To nam se objašnjenje ne čini logičnim iz dva razloga. U st. 2. čl. 6. navedene su agresivne metode i sredstva kojima se u značajnoj mjeri djeluje na sposobnost ispitanika da slobodno (svjesno i voljno) odlučuje o davanju svog iskaza. U tom smislu obmana se kao neagresivna metoda ne bi mogla prešutno podrazumijevati u okviru spomenute sintagme kao generalne klauzule. Sljedeći je razlog činjenica da se u st. 3. čl. 289. među zabranjenim načinima pri ispitivanju svjedoka izričito spominje obmana, što navodi na zaključak da je na isti način trebala biti predviđena zabrana obmane i pri ispitivanju okrivljenika.

Drugo objašnjenje nenavođenja obmane u st. 2. čl. 6. temelji se na usporredbi teksta čl. 6. ZKP/08 i čl. 6. st. 2. izmijenjenog člankom 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku (NN br 76/09.). Naime, u čl. 6. ZKP/08 bila je izričito navedena obmana kao jedan od zabranjenih postupaka prema okrivljeniku, svjedoku ili drugoj osobi, uz napomenu da navedenom odredbom nije bilo propisano da se iskaz pribavljen protivno predviđenim zabranama ne može upotrijebiti kao dokaz u postupku. Člankom 1. ZIDZKP/09 izmijenjen je čl. 6. ZKP/08 tako da je unesen novi stavak 1., u kojem je propisana zabrana diskriminacije po mnogim osnovama, prijašnji stavak 1. postao je stavak 2. te je unesen novi stavak 3. koji glasi: "Iskaz pribavljen protivno stavcima 1. i 2. ovog članka ne može se upotrijebiti kao dokaz u postupku". Pretpostaviti je da je omaškom iz teksta sadašnjeg stavka 2. ispuštena riječ "obmana". Stoga bi bilo uputno ispraviti taj stavak 2. unošenjem u njegov tekst riječi "obmana". Na taj bi se način razriješilo pitanje kategorije nezakonitosti iskaza okrivljenika odnosno iskaza svjedoka pribavljenog obmanom. Tada bi takav dokaz postao nezakonit *ex lege*, a ne *ex judicio* kako se prema sadašnjem normativnom rješenju može kategorizirati.⁵² Postoji istina mogućnost da je riječ "obmana" namjerno ispuštena iz teksta

⁵² Karas-Jukić sasvim opravdano kritički analiziraju situaciju nastalu kad je iskaz okrivljenika pribavljen obmanom te se pitaju: "Hoće li sud, s obzirom na odredbu čl. 10. st. 3. t. 2. ZKP/08, morati 'odvagnuti' povredu prava u odnosu prema težini kaznenog djela kako bi ocijenio zakonitost takvog dokaza?" Nadalje, ispravno zaključuju: "Odnos povrede zajamčenih prava iz čl. 10. st. 2. t. 2 ZKP/08 spram težine kaznenog djela, za identičnu povredu zajamčenih prava, a različitu težinu kaznenog djela u redovitim postupcima, imat će kao posljedicu da će identična povreda zajamčenih prava u jednom postupku biti proglašena nezakonitim, a u drugom zakonitim dokazom." Vidi Karas, Željko – Jukić, Miroslav: o. c., str. 620.

čl. 6. st. 2. upravo zbog toga da tako pribavljen dokaz ostane u kategoriji nezakonitih dokaza *ex judicio*, što je u skladu s prevladavajućim teorijskim stajalištem.⁵³

Prilikom rasprave o tom pitanju ne može se zanemariti ni stajalište prema kojemu se na dokazima pribavljenim na zabranjeni način ne može utemeljiti sudska odluka ili zbog toga što za neke zabranjene načine zakon to izričito navodi ili zato što je riječ o povredama odredaba kaznenog postupka koje su zakonom predviđene kao takve.⁵⁴ Budući da je primjena kapcioznih i sugestivnih pitanja prilikom pribavljanja iskaza okrivljenika zabranjena odredbama kaznenog procesnog prava, takva postupanja znače kršenje tih odredaba kaznenog postupka. Držimo da bi i za obmanu morala postojati takva zabrana bar u okviru odredba o ispitivanju okrivljenika. Ovisno o prihvaćanju jednog od prije spomenutih stajališta, valjalo bi ocijeniti značenje i prirodu konkretnih povreda prava obrane.

Do novih oblika povrede prava obrane može doći kao posljedica proširenja ovlasti tijela kaznenog postupka odnosno drugih sudionika u postupku za obavljanje pojedinih dokaznih radnji. To je npr. mogućnost da se prikriveni istražitelj i pouzdanik ispitaju kao svjedoci o sadržaju razgovora vođenog s osobom prema kojoj je provedena posebna dokazna radnja iz čl. 332. st. 1. t. 5. – 8., čime se na posredan način u kazneni postupak uvodi iskaz osumnjičenika/okrivljenika, a da prethodno nije poučen o svojim pravima i prisutnosti branitelja. Složenost situacije povećava okolnost da se prikriveni istražitelj i pouzdanik ispituju kao zaštićeni svjedoci, što umanjuje mogućnost provjere vjerodostojnosti iskaza. Takvu posebnu dokaznu radnju može naložiti državni odvjetnik u obvezu predaje naloga u roku od 24 sata na potvrđivanje sucu istrage. Navedena bi situacija uz eventualne propuste tijekom postupanja (npr. prekoračenje roka predaje naloga na konvalidaciju) mogla biti slučaj za primjenu čl. 10. st. 3. t. 2.⁵⁵

⁵³ Tako Krapac ističe da obmana “..... ‘samo’ umanjuje ugled suda u kaznenom postupku, ali ne mijenja ništa u položaju okrivljenika kao stranke. Stoga ju zakon, doduše zabranjuje, ali slučaj njezine primjene ne želi popratiti tako strogom procesnom sankcijom kakvu je u figuri nezakonitog dokaza utvrdio za slučaj iznude okrivljenikova iskaza. Pritom zakonodavac pod ‘obmanom’ razumijeva slučajeve svjesnih laži kojima tijela kaznenog postupka žele okrivljenika navesti na priznanje ...” Vidi Krapac, Davor: Kazneno procesno pravo, str. 400, bilj. 105.

⁵⁴ Obrazlažući izneseno stajalište, Tomašević upozorava na nelogičnost i praktičnu neprihvatljivost drugačijeg rješenja koje je postojalo do ZKP/97. (vidi Tomašević, Goran: Kazneno procesno pravo, Temeljni pojmovi i osnove praktične primjene, Split, 1998., str. 293, bilj. 907), s kojim se u potpunosti valja složiti. Vidi Carić, Marina: Zabrana utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima, HLJKPP, vol. 13, br. 2/2006., str. 995.

⁵⁵ Na moguće dvojbe vezane uz opisanu situaciju upozoravaju Karas i Jukić: o. c., str. 624.

Posebno valja istaknuti da se primjena st. 3. t. 2. čl. 10. odnosi isključivo na one dokaze koje zakon izričito ne predviđa kao nezakonite. Budući da u ZKP-u postoji visok stupanj normiranosti nezakonitih dokaza, navedena će se odredba u praksi primjenjivati u ograničenom opsegu. Stoga nisu održive ocjene da su nove odredbe o zakonitosti dokaza relativizirane načelom razmjernosti. To je načelo, kako smo vidjeli, i do sada postojalo u domeni u kojoj Zakon nije izričito propisivao nezakonite dokaze. Zapravo je jedina prava novost određivanje kriterija za primjenu tog načela.

Odredba čl. 10. st. 3. otvara još jedno pitanje sličnosti i razlike mogućnosti relativizacije nezakonitih dokaza iz aspekta materijalnog kaznenog prava (čl. 10. st. 3. t. 1.) i iz aspekta kaznenog procesnog prava (čl. 10. st. 3. t. 2.). Zajedničke su im povrede prava počinjene prigodom pribavljanja dokaza. Prema t. 1. st. 3. čl. 10., povredom prava mora biti ostvareno biće kaznenog djela te se mora utvrditi postojanje razloga isključenja protupravnosti, koji onda takvu povredu čini dopuštenom. Težina kaznenog djela povodom kojeg se vodi postupak nije bitna. Kad je riječ o krajnjoj nuždi koja isključuje protupravnost, počinjena povreda mora se ostvariti putem radnje otklanjanja istodobne ili izravno predstojeće opasnosti od sebe ili drugoga, koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a mora biti ostvareno manje zlo od onoga koje je prijetilo. Riječ je o opasnosti da počinjenje kaznenog djela neće biti dokazano i da počinitelj toga djela neće biti kažnjen. Znači da ostvarenje bića kaznenog djela mora predstavljati pretežniji interes nego što je interes zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda prilikom pribavljanja dokaza. Iako se i t. 2. st. 3. čl. 10. temelji na ideji pretežnijeg interesa, vaganje je postavljeno na drugačiji način. Ovdje je riječ o vaganju s jedne strane povrede prava počinjene u pribavljanju dokaza (pri čemu ta povreda može, ali i ne mora, biti kazneno djelo), a s druge strane kaznenog djela određene težine za koje se provodi redoviti kazneni postupak, pri čemu počinjena povreda mora biti bitno manja od težine kaznenog djela.

U pogledu procjene pravnog učinka odredbe čl. 10. st. 3. t. 2. značajno je unošenje dviju odredbi od kojih je prva propisana ZIDZKP/09. To je odredba čl. 6. st. 3., kojom je predviđeno da se određeni dokazi pribavljeni diskriminacijom po različitim osnovima odnosno primjenom medicinskih intervencija ili sredstava kojima bi se utjecalo na volju ispitanika prilikom davanja iskaza ili upotrebom sile, prijetnje ili drugog sličnog sredstva ne mogu upotrijebiti kao dokaz u postupku. Izričitim propisivanjem ove zabrane proširene su povrede prava koje rezultiraju nezakonitim dokazima *ex lege*, čime je istovremeno isključena otvorenost odredbe čl. 10. st. 3. t. 2.⁵⁶ Takav značaj izmijenjene odredbe čl. 6. proizlazi iz činjenice da je ta odredba također načelne prirode,

⁵⁶ Tako Pavišić, Berislav i suradnici: Kazneno postupovno pravo, str. 68.

kao i odredba čl. 10. st. 3. t. 2., zbog čega se pravni učinak obiju spomenutih odredba proteže na brojne propise Zakona o kaznenom postupku.

Druga je odredba čl. 10. st. 4., kojom je propisano da se sudska odluka ne može temeljiti isključivo na dokazu iz st. 3. t. 2. ovog članka. Na taj bi način trebao biti ublažen odlučujući značaj dokaza, čija je procjena o zakonitosti rezultat vaganja interesa, čime bi se takav dokaz morao svesti samo na jedan od izvora saznanja o pravno relevantnim činjenicama. Valja primijetiti da će se u formalnom smislu navedeni cilj postići, ali ostaje otvoreno pitanje hoće li dokaz procijenjen kao zakonit primjenom čl. 10. st. 3. t. 2. u psihološkom procesu sudačke ocjene dokaza stvarno izgubiti odlučujuće značenje.

Još jedna okolnost utječe na procjenu pravnog učinka odredbe čl. 10. st. 3. t. 2. Povećanje broja izričito propisanih nezakonitih dokaza povezano uz konkretne dokazne radnje dodatno suzuje područje primjene ove odredbe, isključujući pojedine moguće dvojbe u sudskoj procjeni zakonitosti dokaza. To naravno ne oslobađa sud dužnosti da slučajeve koji nisu izrijeком predviđeni kao nezakoniti dokazi *ex lege*, a predstavljaju temeljnu povredu ustavnih prava i sloboda građana navedenih u čl. 10. st. 2. t. 2., podvrgne procjeni zakonitosti, primjenjujući kriterije vaganja interesa koji su propisani čl. 10. st. 3. t. 2.

Pri rješavanju pitanja relativizira li odredba čl. 10. st. 3. t. 2. ustavnu zabranu iz čl. 29. st. 4. Ustava RH valja razmotriti dva pitanja. Prema toj ustavnoj odredbi, dokazi pribavljeni na nezakonit način ne mogu se uporabiti u sudskom postupku. Kao nezakoniti dokazi smatraju se oni dokazi kojima se krše određene procesne forme kojima se štite temeljna ljudska prava. Međutim, nije opravdano da svako kršenje procesne forme dovede do isključenja dokaza iz postupka. To bi bilo drastično kršenje načela razmjernosti, osobito ako bi zbog manje procesne pogreške morala biti oslobođena osoba koja je očigledno kriva.⁵⁷ Iz navedenog razloga zakonodavac je vaganjem različitih interesa dužan odrediti sadržaj pojma nezakonitog dokaza. Pritom je zakonodavac radi potpunije i bolje procjene zaštite jednog ili drugog interesa u pojedinim konkretnim slučajevima svoje ovlasti odlučio prenijeti na suca, predviđajući kriterije za primjenu načela razmjernosti.⁵⁸ Odredbom čl. 10. st. 3. propisano je da se ne smatraju nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz st. 2. t. 2. istog članka ako su zadovoljeni uvjeti iz t. 1. ili 2. st. 3. Pravni je učinak te odredbe da se presuda neće temeljiti na nezakonitom dokazu odnosno da takav dokaz neće biti uporabljen u kaznenom postupku jer se kao rezultat primjene načela razmjernosti neće smatrati nezakonitim dokazom.

⁵⁷ Usp. Kaplan, John: The Limits of the Exclusionary Rule, Stanford Law Review, Vol. 26, No 5, p. 1036.

⁵⁸ Vidi Bojanić, Igor – Đurđević, Zlata: o. c., str. 1001.

Tako dolazimo do drugog pitanja: jesu li odredbom čl. 10. st. 3. t. 2. dovoljno precizno i potpuno određeni kriteriji za primjenu načela razmjernosti iz čl. 16. st. 2. Ustava RH odnosno postoji li razmjer između ograničenja ustavnih prava i sloboda građana i naravi potrebe za njihovim ograničenjem u konkretnom slučaju? Ovo je to značajnije jer o provedbi radnji kojima se krše temeljna prava i slobode nije odlučio sud, što je jedan od glavnih uvjeta ograničenja temeljnih prava i sloboda zajamčenih Ustavom. Naime, postojeće zaštićene vrijednosti, koje su pri vaganju dovedene u korelaciju, ne jamče da će svako ograničenje slobode i prava biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. U tom smislu valja razmisliti o preciziranju uvjeta pod kojima se obavlja vaganje. Tako bi korištenje dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava trebalo ograničiti na teške oblike najtežih kaznenih djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, a ne za sva kaznena djela za koja se vodi redoviti kazneni postupak. Također bi procesne povrede trebalo vagati u usporedbi s javnim interesom vođenja kaznenog postupka, a ne s težinom odnosno posljedicama kaznenog djela zbog kojeg se vodi kazneni postupak. S obzirom na dobra koja se važu valjalo bi razmisliti o isključivanju povreda ljudskog dostojanstva, kao i o vrlo opreznom iznimnom prihvaćanju povrede prava obrane. Može se, dakle, zaključiti da zakonska dikcija odredbe čl. 10. st. 3. t. 2. nije u skladu sa čl. 16. Ustava RH, jer ne izražava u potpunosti načelo razmjernosti. Preciziranje tih kriterija bilo bi značajno i zbog naše dosadašnje sudske prakse, koja je u pravilu proglašavala zakonitim dokazima sve povrede koje nisu izričito bile propisane zakonom kao nezakoniti dokazi. U takvoj situaciji postoji mogućnost da su neke sudske odluke bile utemeljene na prikrivenim nezakonitim dokazima. Određivanje preciznih kriterija koje sudovi trebaju primjenjivati prilikom ocjene zakonitosti dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih prava i sloboda iz čl. 10. st. 2. t. 2. trebalo bi poticajno djelovati na sudove, olakšavajući i ujednačujući ocjenu nezakonitih dokaza *ex judicio*, odnosno zakonitosti dokaza u konkretnom slučaju.

5. ZAKLJUČAK

Odredba čl. 10. ZKP/08 unijela je značajne novosti u sustav nezakonitih dokaza. One se očituju kako u novoj kategorizaciji u tom sustavu, tako i u uvođenju zakonskih kriterija sudovima za ocjenu zakonitosti dokaza kojima se krši određeni krug temeljnih ljudskih prava i sloboda. U sadržajnom smislu unesene su tri izmjene.

Prva izmjena predviđena je čl. 10. st. 2. t. 1., a sastoji se u normativnom izdvajanju u posebnu točku nezakonitih dokaza koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom propisane zabrane mučenja, okrutnog ili nečovječnog postupanja. Riječ je o apsolutnoj dokaznoj zabrani,

što znači da se procesnopravni učinak kršenja te zabrane očituje u neupotrebljivosti dokaza pribavljenih na taj način kao dokaza u kaznenom postupku. Normativno izdvajanje te kategorije nezakonitih dokaza potpuno je opravdano posebnim međunarodnopravnim statusom te zabrane kao i s aspekta potrebe za stalnim potvrđivanjem temeljih načela pravne države. Apsolutni karakter te dokazne zabrane izraz je gotovo potpune prevage tendencije zaštite temeljnih prava građana i prava obrane na štetu učinkovitog kaznenog progona i kažnjavanja počinitelja kaznenih djela.

Druga i treća izmjena propisane su novim odredbama čl. 10. st. 3. i 4. te predstavljaju nova rješenja i svojevrsnu iznimku u okviru pojma nezakonitih dokaza. Tumačenje odredbe čl. 10. st. 3. t. 1. i 2. zahtijeva analizu slučajeva propisanih u pojedinim točkama. Iako je u oba slučaja riječ o mogućnosti relativizacije nezakonitih dokaza pribavljenih povredom jednakog kruga temeljnih ljudskih prava i sloboda, u t. 1. ta je mogućnost predviđena iz aspekta materijalnog kaznenog prava, dok je u t. 2. to učinjeno iz aspekta kaznenog procesnog prava. Usprkos toj distinkciji, činjenica da su načini pribavljanja dokaza predviđeni čl. 10. st. 3. t. 1. identični onima u čl. 10. st. 3. t. 2. otvara mogućnost preklapanja tih odredba, što bi svakako valjalo izbjeći odgovarajućim tumačenjem svake pojedine odredbe.

Odredbom čl. 10. st. 3. t. 1. propisano je da se ne smatraju nezakonitim dokazi pribavljeni povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života ako su takvi dokazi pribavljeni radnjom za koju je prema Kaznenom zakonu isključena protupravnost. Prije primjene ove odredbe sud najprije mora utvrditi da je određenim načinom pribavljanja dokaza povredom nabrojanih prava ostvareno biće određenog kaznenog djela, a nakon toga mora ispitati jesu li se u konkretnom slučaju ispunile pretpostavke nekog Kaznenim zakonom propisanog razloga isključenja protupravnosti. Sama težina kaznenog djela povodom kojeg se vodi postupak nije bitna. U pogledu prava pozivanja na nužnu obranu odnosno nužnu pomoć, valja imati na umu činjenicu da je posebnim propisima, osobito onima o uporabi sredstava prisile, u znatnoj mjeri policiji odnosno tijelima državne vlasti ograničeno pravo pozivanja na taj institut. Što se tiče pozivanja na krajnju nuždu, ona je samo iznimno dopuštena ako je riječ o otklanjanju izvanredne opasnosti koju zakonodavac nije uzeo u obzir pri propisivanju ovlasti policije. Da bi postojala krajnja nužda koja isključuje protupravnost, počinjena se povreda mora ostvariti radnjom otklanjanja od sebe ili drugoga istodobne ili izravno predstojeće opasnosti, koja se na drugi način nije mogla otkloniti, pri čemu mora biti ostvareno zlo manje od onoga koje je prijetilo. Otklanja se opasnost da počinjenje kaznenog djela neće biti dokazano i da počinitelj toga djela neće biti kažnjen, zbog čega ostvarenje bića određenog kaznenog djela predstavlja

pretežnji interes od interesa zaštite temeljnih ljudskih prava i sloboda pri likom pribavljanja dokaza.

Odredbom čl. 10. st. 3. t. 2. propisano je načelo razmjernosti u ocjenjivanju zakonitosti dokaza u kaznenom postupku pribavljenih povredom Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava obrane, prava na dostojanstvo, ugled i čast te prava na nepovredivost osobnog i obiteljskog života. Valja istaknuti da se primjena spomenute odredbe odnosi isključivo na one dokaze koje Zakon izričito ne predviđa kao nezakonite. Budući da u Zakonu o kaznenom postupku postoji visok stupanj normiranosti nezakonitih dokaza, navedena bi se odredba u praksi trebala primjenjivati u ograničenom opsegu. Vidjeli smo da je načelo razmjernosti i do sada postojalo u domeni u kojoj Zakon nije izričito propisivao nezakonite dokaze, a novost predstavlja određivanje kriterija temeljem kojih će sudovi vagati interes. S jedne strane mora se raditi o teškom obliku kaznenog djela za koje se provodi redoviti kazneni postupak, dok se s druge strane procjenjuje jačina povrede prava, koja s obzirom na jakost i narav mora biti bitno manja od težine kaznenog djela. U pogledu procjene pravnog učinka odredbe čl. 10. st. 3. t. 2. značajno je unosenje odredbe čl. 6. st. 3. propisane ZKP/09, jer je tom odredbom suženo područje primjene čl. 10. st. 3. t. 2. Drugi korektiv je odredba čl. 10. st. 4. kojom bi pri donošenju presude trebalo biti ublaženo odlučujuće značenje dokaza kojeg je procjena o zakonitosti rezultat vaganja interesa. Budući da je odredbom čl. 10. st. 3. t. 2. propisano da se ne smatraju nezakonitim dokazi pribavljeni povredom prava i sloboda iz st. 2. t. 2. istog članka ako su zadovoljeni uvjeti iz t. 2. st. 3., proizlazi zaključak da se presuda neće temeljiti na nezakonitom dokazu, odnosno da takav dokaz neće biti uporabljen u kaznenom postupku. Valja primijetiti da zakonska dikcija odredbe čl. 10. st. 3. t. 2. nije u skladu sa čl. 16. Ustava RH, jer ne izražava u potpunosti načelo razmjernosti. U pogledu preciznosti i potpunosti određivanja kriterija za primjenu načela razmjernosti, može se reći da postojeće zaštićene vrijednosti koje su pri vaganju dovedene u korelaciju, ne jamče da će svako ograničenje slobode i prava biti razmjerno naravi potrebe za ograničenjem u svakom pojedinom slučaju. U tom smislu valjalo bi razmisliti o preciziranju uvjeta pod kojima se obavlja vaganje interesa. Tako bi korištenje dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava i sloboda trebalo ograničiti na teške oblike najtežih kaznenih djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora, a vaganje procesnih povreda trebalo bi vršiti u usporedbi s javnim interesom vođenja kaznenog postupka. U pogledu dobara koja se važu, valjalo bi razmisliti o isključenju povreda ljudskog dostojanstva, kao i o vrlo opreznom i iznimnom prihvaćanju povrede prava obrane.

Summary

AMENDMENTS TO THE SYSTEM OF ILLEGAL EVIDENCE WITH PARTICULAR REFERENCE TO ARTICLE 10 PARAGRAPHS 3 AND 4 OF THE CPA/08

The provision of Article 10 of the 2008 Criminal Procedure Act has introduced significant amendments to the system of illegal evidence. They are present in both the new categorisation of illegal evidence in the system and in the introduction of legal criteria for courts to assess the legality of evidence whereby certain fundamental rights and freedoms are breached. This paper provides a comparative legal analysis of the system for excluding illegal evidence with an overview of the situation in some Member States of the European Union and a brief reference to the system in the USA. After an overview of the development of the system of illegal evidence in Croatia since independence to the CPA/08, the amendments to that Act are analysed. Three changes in content were introduced. The first is related to Article 10 paragraph 2 subparagraph 1 and consists of the normative exclusion of illegal evidence collected by breaching the Constitution, the law, or international law regulating the prohibition of torture and cruel or inhumane treatment. The second and third prescribed amendments are Article 10 paragraphs 3 and 4 and represent new solutions and a type of exception within the framework of the concept of illegal evidence. With the provision of Article 10 paragraph 3 subparagraph 1, the possibility is provided for relativising illegal evidence collected by an act for which, according to Criminal Law, illegality is excluded. On the other hand, in subparagraph 2, the principle of proportionality and the criterion for establishing the illegality of evidence *ex judicio* are provided. The provision of Article 10 paragraph 4 alleviates the decisive significance of evidence whose assessment of legality is the result of the weighing of interests. Thereby, such evidence is reduced to only one of the sources of knowledge about legally relevant facts. The author concludes that the legal diction of Article 10 paragraph 3 subparagraph 2 does not conform to Article 16 of the Constitution of the Republic of Croatia, because it does not wholly express the principle of proportionality. Therefore, specifying the conditions under which the weighing of interests is implemented should be considered. Due to the lack of precise expression, the application of this provision could mean the modification or evasion of the prohibition prescribed in Article 29 paragraph 4 of the Constitution of the Republic of Croatia, even though that possibility is reduced by the existence of prohibition in Article 6 paragraph 3 CPA/08, and in the provisions of Article 10 paragraph 4 CPA/08.